This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 742 746

Ueber die

Evictionshaft bei der Dos

dargestellt nach römischem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät

der

Universität Bern

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

OTTO JAEGGI

in Balsthal.

Solothurn.

Druck der Zepfel'schen Buchdruckerei.

1890.

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Ueber die

Evictionshaft bei der Dos

dargestellt nach römischem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät

der

Universität Bern

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

OTTO JAEGGI

in Balsthal.

Solothurn.

Druck der Zepfel'schen Buchdruckerei.

1890.

ROMAN
915.6
JAE
1890

Digitized by Google

FOR TH
J

APR 1 1912

Digitized by Google

I.

Evicta re, quæ fuerat in dotem data, si *pollicitatio vel promissio* fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum *condictione vel ex stipulatione* agere potest. Sin autem *nulla pollicitatio* vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res *æstimata fuerit, ex empto competit* actio. Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio; dolo autem dantis interposito de *dolo actio* adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in *factum actio competit.*

Diese unter dem Codextitel: De jure dotium V. 12 an erster Stelle sich befindende Constitution des Severus und Antoninus, die fast ausnahmslos als alle Fälle der Evictionshaft bei der Dosbestellung umfassend anerkannt wird, hat in ihrer Interpretation zu den verschiedensten Controversen Anlass gegeben.

Vollständige Einigkeit herrscht in zwei Punkten: Haftung für Eviction tritt ein

1. Wenn jemand eine Dos durch Hingabe bestellt, trotzdem er weiss, dass deren Gegenstände ihm nicht gehören und wenn dann diese Dos nachträglich entwehrt wird.

2. Wenn eine Dos venditionis causa æstimata evinzirt wird.

Digitized by Google

Einer ebenso grossen Verschiedenheit der Auslegung erfreut sich dagegen ein dritter Punkt — si pollicitatio vel promissio fuerit interposita- — Zwei Meinungen stehen sich hier besonders schroff gegenüber, nämlich: Eine grosse Anzahl von Gelehrten [1]), Brinz an deren Spitze, lässt auf diese Worte gestützt, noch ferner für Eviction haften, *wenn der Dosbestellung ein besonderes pactum de evictione præstanda,* d. h. ein *pactum adjectum* vorangegangen sei.

Demgegenüber verpflichtet die herrschende Meinung[2]) zur Evictionshaft, wenn die datio dotis[3]) in Folge einer vorhergehenden promissio oder pollicitatio geschah.

Daneben wollen ältere Schriftsteller[4]) nach den Grundsätzen der Schenkungen und onorosen Geschäfte

---

[1]) Vergl. *Dernburg* Pand. III § 16.
Wendt Pand. S. 713.
Thibaut, civ. Abhandlung S. 56.
Tigerström, Dotal-Recht I, S. 83.
Zimmern, Archiv für civ. Praxis II. 202.
Unterholzner, Schuldverhältnisse II, p 484.
Bechmann, Dotalrecht S. 229.
Czyhlarz, Dotalrecht S. 208.

[2]) Vergl. *Arndts,* Pand. § 403.
Vangerow, Pand. § 217, 2.
Baron, Pand. § 335.
Bekker, Jahrb. d. gem. Rechtes VI. 8. p. 262.
Voet, Comm. ad 21, 2 mun. 11.
Loehr, in Giess. Zeitschrift 1, S. 231.
Sintenis, Civilrecht 3. Bd. 36.
Schweppe, röm. Pand. R. IV, 125.
Glück, XX 198 seq. XXV 80, 90 seq.
Vering, Gesch. d. Jnst d. r. R. S 114.
Brunnemann, In cod. ad. const. 1 d. j. dot. p. 451 n. 1—3.
Pothier, Pandekten XXIII, 3, n. 43, n. 5.

[3]) Nicht numeratio, wie von vielen angenommen wird; siehe S. 45 flgd.

[4]) Vergl. *Voet,* Com. ad. Pand. II. R. 69.

Digitized by Google

noch allerlei Beschränkungen beifügen, je nachdem die Dos eine voluntaria oder eine necessaria sei.

Puchta (in s. Pand. S. 264) meint, bei der Dos inæstimata habe der Mann keinen Evictionsanspruch, nur sei, wenn die promissio dotis auf ein Genus gehe und eine fremde Sache geleistet werde, die Verbindlichkeit noch nicht erfüllt und es könne also wieder aus der promissio geklagt werden.

Eine ganz exclusive Stellung endlich nimmt Windscheid [1]) ein. Dieser spricht der Stelle kurzweg ihre entscheidende Bedeutung ab. Er gesteht wohl zu, dass sie früher gemäss der von Arndts und seinen Anhängern behaupteten Auslegung Geltung gehabt haben möge, später aber — als „qualiacunque verba" genügten, um eine Dos zu constituiren, ein solches pactum aber in der traditio inneliege, sei in *allen Fällen* gegen den Dosbesteller die Evictionsklage anstellbar.

Diese Musterkarte von Ansichten lässt sich wohl nur aus dem Umstande erklären, dass man sich über den Begriff und das Wesen der Dos überhaupt oder in den verschiedenen Zeiten — denn was sie zur Zeit des alten Civilrechtes charakterisirte, bildete nicht mehr ihr Hauptmerkmal im klassischen Rechte — nicht in einem gemeinsamen Urtheile vereinigen konnte. Die herrschende Meinung scheint die Bestellung der Dos mehr als Austauschgeschäft betrachtet wissen zu wollen, andere dagegen kritisiren die Dosbestellung vorzugsweise vom Gesichtspunkte der Schenkung aus

[1]) Windscheid, Pand. § 495 a. 5.

Digitized by Google

und sprechen daher auch vielfach von der Entwehrung gemäss den Regeln bei dieser [1]).

Es wird daher nicht überflüssig sein, das Wesen der Dos in kurzen Zügen zu erläutern, um die Gesichtspunkte aufzudecken, von denen aus betrachtet die Dos der folgenden Abhandlung zu Grunde liegen soll. Damit zeichnet sich auch die Richtung vor, der die Beurtheilung unseres Themas wird folgen müssen.

[1]) Vergl. hier besonders die Meinung von Puchta.

Digitized by Google

II.[1]

Vor allem sei die Bemerkung vorausgeschickt, dass wir unsere Aufgabe nicht darin erblicken können, das Wesen der Dos weitläufig hinsichtlich ihres Charakters vis-à-vis der Frau oder aber gegenüber dem Dosbesteller zu beleuchten; ob sie also eine Schenkung an die Erstere sei oder ob sie die Merkmale eines Geschenkes seitens des Letztern habe d. h., ob dieser als Schenker behandelt werden dürfe.

Erstens bewegt uns dazu der Umstand, dass wir ja, gemäss der dem Thema zu Grunde liegenden Idee, die Rechte des Mannes auf Evictionshaft zu untersuchen gedenken, daher schon aus diesem Grunde eine vorherrschende Definirung der Dos in Beziehung auf den Mann gerechtfertigt sein dürfte; dann hauptsächlich aber die Ueberzeugung, dass überhaupt die Dos ihre Beurtheilung vom Standpunkte des Mannes aus, nicht von dem der Frau, noch dem des Bestellers — oder doch nur in zweiter Linie — erfahren will. Was sie jenem, nicht was sie diesen ist, bildet ihr Charakteristikum.

So werfen wir denn entschieden die Argumentation, die Dos bezwecke nicht die Unterstützung des Mannes, sondern die würdige Stellung der Frau im Hause, zurück und betrachten diesen Umstand als blosse na-

[1]) Literatur: Hasse, Bechmann, Czyhlarz.

Digitized by Google

türliche Folge, die der Unterstützung des Mannes entspringt; dies der reale, materielle Zweck, jenes der ideale Nebengedanke.

So definirt denn auch die herrschende Meinung dieses Institut als: [1])

Dos est res, quæ a muliere vel ab alio mulieris nomine datur marito ad sustinenda onera matrimonii — also eine Vermögensvermehrung, die dem Manne seitens der Frau oder einem andern für sie als Beitrag zu den ihm aus der Ehe erwachsenden Lasten zugebracht wird.

Nicht weniger deutlich sind in dieser Betonung der onera matrimonii die Quellen [2]) und beinahe alle jurist. Schriftsteller haben diesen Zweck, mit unmerklich anderer Fassung, ihren Definitionen zu Grunde gelegt. — Vergebens sucht Bechmann diese onera matrimonii aus dem Begriffe der Dos zu lösen; neben der klaren Widerlegung, die er seitens Windscheid, Pand. § 492 a. 1, erfährt, möchten wir noch anführen, dass die in der That mögliche Bestellung einer nuda proprietas oder einer unverzinsliehen Forderung gewiss zu den äussersten Seltenheiten gehört, und dann natürlich im Windscheid'schen Sinne, dass sie später Vortheile bringe, aufgefasst werden müsste ansonst sie überhaupt sinnlos wäre, und auch kaum zu einer würdigern Stellung der Frau beitragen würde. Die Germanen, die im *Gegensatz* zu den Römern eine so tiefe ethische Auffassung von der Ehe hatten; wo die würdige Stellung der Frau gerade in dieser Auffassung

[1]) *Voet*, Com. ad. Pand. II, S. 632. Windscheid Pand. § 492.
[2]) Vergl. L. 76, D. 23, 3; L. 16 p. D. 49, 17; L. 11 D. 23, 4; L. 56 § 1 D. 23, 3.

Digitized by Google

eine unverbrüchliche Sicherheit genoss, wussten dennoch die Beisteuer zur Ehe gebührend zu schätzen aus höchst natürlichen Gründen. — Denn dass die Ehe Lasten mit sich bringt, gilt für alle Zeiten gleich unbestritten und wenn, wie bei den Römern, der Mann diese allein zu tragen sich gezwungen sah, daher von Seite der Frau so viel wie möglich beigesteuert werden sollte, so entspringt dies nicht nur sittlicher Pflicht, sondern auch der reinsten Logik, ja Nothwendigkeit, die sich mit erschwerenden sozialen und ökonomischen Verhältnissen im Laufe der Zeit immer frappanter zeigen musste und sich in der That zeigte. Was zuerst nur Belieben war, steigerte sich gar bald für gewisse Personen [1]) zum gesetzlichen Zwang, eine Dos zu bestellen, warum?

Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt, (L. 2, D. 23, 3) was, wie Baron ein wenig drastisch zu übersetzen pflegte, nichts anderes heisst, als: Ein römisches Mädchen ohne Dos konnte nicht heirathen.

Möglich wäre nun hier die Einwendung, dieser Satz der L. 2 D. h. t. sei ja eine Folge des durch die act. rei. uxor. gewollten. Es werde dieser Stelle gemäss der Mann gezwungen, das, was er bis dahin unter Umständen behalten durfte, nun auch zurückzugeben. Die behauptete Nothwendigkeit der Unterstützung seitens der Frau hätte demnach einen Abbruch erlitten! Mit Nichten! — Wir berufen uns zwar nicht darauf, dass eine Rechtfertigung jener Bestimmung schon im

[1]) Vergl. L. 19 D. 23. 3; L. 6. D. 37, 6.

Digitized by Google

Umstande liegt, dass ja mit Aufhören der Ehe auch deren Lasten wegfallen[1]) — Kinder vorbehalten, wo aber dann auch Retentionsrechte gestattet sind — somit der Mann quasi eine ungerechtfertigte Bereicherung genösse. — *Bevor eben der Mann die Dos behalten kann, muss er sie erst haben* und zu diesem „haben" sollen die gesetzlichen Bestimmungen ihre Hilfe leihen. Mit dem Eingehen der Ehe wollen sie ihm die gewisse Aussicht auf Unterstützung möglist sichern.

So kann also der Mann die Dos nicht unter dem Gesichtspunkt der Schenkung betrachten, sondern wird sie als Aequivalent der Ehelasten fordern müssen[2]).

Es entfernt sich derart der Besteller der Dos mehr und mehr von den Eigenschaften eines Schenkers; er wird gleichsam zum Offerenten, der den aus finanziellen Bedenken Zögernden dadurch, dass er eine Dos in Aussicht stellt, zur Eingehung der Ehe ermuntert[3]). — Und sei nun der Besteller der Vater jener Frau, der neben der angemessenen gesetzlichen noch eine Dos voluntaria verspricht, sei es ein beliebiger Dritter[4]), der dotiren will, — nie dürfte man nach unserer Ansicht behaupten, diese wären Schenker. Schenker vielleicht der Frau gegenüber, nicht dem Manne. Hier sind sie Contrahenten eines zweiseitigen, also lästigen Vertrages, in dem *sie* die *Dos bestellten,* der *Mann* da-

[1]) Dass dieser Gedanke mit dem Satze: dotis causa perpetua est, verträglich ist, erhellt aus der Auffassung Bechmanns hinsichtlich dieses Punktes. Vergl. S. 20—26 i. s. Dotalrecht.

[2]) Vergl. hier besonders L. 47, p. D. 17, 1.

[3]) Wir brauchen nicht bloss an den Begüterten zu denken; Lebensstellung, Standesrücksichten wirken entscheidend.

[4]) Wird fast allgemein als Schenker angesehen.

Digitized by Google

für die *Lasten der Ehe übernimmt,* an deren Eingehung die beiden andern eine moralische oder gewollte Genugthuung empfinden mögen.

Daraus wird nun aber klar, dass es für den Mann im wesentlichen gleichgiltig ist, ob die Gegenleistung in einer Dos voluntaria oder necessaria bestehe. Der Vater hat gegenüber dem Manne hinsichtlich der letztern gewiss die gleiche Stellung, wie jeder andere Dosbesteller [1]) und wenn einige Juristen behaupten, wie oben bemerkt, es müsse betreffend Evictionshaft unterschieden werden, ob die Dos eine necessaria oder eine voluntaria, wobei Haftung nur bei ersterer angenommen werden dürfe, so machen wir schon jetzt auf folgendes aufmerksam, um diese Meinung von vorneherein zu zerstören: Man darf jedenfalls kaum sich zur Ansicht schlagen, die Dos necessaria habe bloss den Zweck, zu bewirken, dass die Tochter einen Gatten finde und sobald sie ihn gefunden habe, könne keine Verpflichtung mehr vorliegen. Einer sog. Redotation bedürfe es also nicht [2]).

---

[1]) Die unten angegebene Modification betr. die verschiedene Haftung für den Fall, dass die Dos evincirt wird, widerspricht diesem weiter gefassten Gedanken der *Haftpflicht überhaupt* nicht. — Es ist ein Unterschied, ob man ipso jure zu einer Leistung verpflichtet ist, oder ob man erst verpflichtet sein *wollen* kann.

[2]) Dieser Ansicht sind *Zimmern* A. f. c. P. vol. 2, p. 201; *Glück* XX. 209, *Puchta* § 317. — Man beruft sich dabei auf L. 71, D. 21, 2 wo der Vater der filia emancipata eine Dos gibt, diese evincirt wird; der Vater habe dann kein Interesse mehr, ex empto zu klagen. (Vergl. hier die Streitfrage, ob überhaupt die filia emancipata dotirt werden muss, wogegen spricht L. 19 D. 23, 2 — qui liberi quos habent in potestate — dotem dare non volunt. — Dagegen vergleiche Windscheid § 493 A. 4, betr. L. 7, C. V. 11.)

Digitized by Google

Will man bei solcher Lesart nicht ungerecht sein, dann erlaubt man doch dem Manne gewiss auch in diesem Falle die Ehe ohne irgend welchen Nachtheil für ihn wieder aufzulösen?!

Es scheint somit ohne Zweifel die Meinung von Arndts (s. § 402), Thibaut (Civ. Arch. p. 59) richtiger, wonach bei der evinzirten Dos necessaria ein Redotationspflicht existirt. Aber jedenfalls ist sie nicht im Sinne einer Evictionshaft zu verstehen, sondern der *Nichterfüllung der Dotationspflicht;* denn die Evictionsklage geht auf das „id quod interest," wodurch bei mehrmaliger Verpflichtung der Vater gar leicht verarmen könnte [1]). Die Klage auf Redotation in unserem Sinne aber gewährt den Vortheil, dass, weil der Vater ärmer geworden, die zweite Dos somit verhältnissmässig gemindert werden kann.

Durch diese Argumentation kommen wir gerade zu dem gegentheiligen Schlusse, dass, da doch in den Quellen von einer Evictionshaft gesprochen wird, diese sich sogar *nur* auf die Dos voluntaria beziehen kann [2]).

Als Endbemerkung sei noch hinzugefügt, dass die Quellen hinsichtlich der Verneinung des Schenkungs-

[1]) Besonders gross würde diese Gefahr sein bei der Redotationspflicht, wie sie Dernburg III, § 15, A. 7 auffasst, nämlich im Falle des Ueberganges zu einer neuen Ehe dann, wenn die Tochter die frühere Dos nicht mehr hat, ohne dass ihr culpa lata oder dolus zur Last fällt.

Vergl. diese entgegengesetzte Auffassung mit der von Glück, Zimmern, Puchta.

[2]) Die Fälle des Dolus und der aestim. vendit. causa bei der Dos necess. fallen selbstverständlich auch hieher; wir haben ja nur das „*in pollizit. vel. promiss. intercess.*" in Beziehung auf die Dos necess. im Auge.

Digitized by Google

charakters der Dos aufs deutlichste sich ausdrücken z. B. *L. 21, § 1, D. de donat. int. vir. et ux.* Si uxor dotem promiserit, et dotis usuras, sine dubio dicendum est, peti usuras posse, quia non est ista donatio, cui pro oneribus matrimonii petantur [1]). Indirekter ausgesprochen findet sich der Gedanke in zahlreichen Bestimmungen, die der Lehre von der Schenkung gerade zu widersprechen, z. B. das benefic. competentiae betreffende [2]), dann Nichtanwendung der Actio Pauliana [3]) — Ueberflüssigkeit gerichtl. Insinuation [4]) — Möglichkeit der Dosbestellung seitens der Frau während der Ehe [5]) — Unzulässigkeit der Revokation wegen Undank des Mannes [6]).

[1]) Ebenso L. 19 D. d. oblg. et. act.; L. 8, § 13, D. 20. 6.
[2]) L. 84, D. 23, 3; L. 41 p. D. 42, 1.
[3]) L. 25 § 1, 2 D. 42, 8.
[4]) L. 31 C. 5, 12.
[5]) L. 19, 20, C. 5, 3.
[6]) L. 69 § 6 D. h. t.

Digitized by Google

III.

Indem wir nun nach diesen einleitenden Bemerkungen auf die eigentliche Behandlung unseres Themas selbst übergehen, so greifen wir vorerst denjenigen Fall heraus, der am klarsten und am unbestrittensten vorliegt — nämlich die *Evictionshaft bei der Dos venditionis causa aestimata.*

In unserer entscheidenden Constitution lautet die Stelle folgendermassen:

Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem *res æstimata fuerit, ex empto competit actio.*

Wenn demnach bei dieser Art von Dosbestellung, wo nicht die durch die datio bewirkte Vermögensvermehrung, sondern vielmehr der vereinbarte Geldwerth des Dosgegenstandes — die æstimatio — als Dos gilt, wo also das Heirathsgut, zu einem bestimmten Preise angeschlagen, für diesen dem Manne käuflich überlassen wird — wenn in diesem Falle die Dos demselben evincirt werden sollte, so kann er das Interesse mit der *actio ex empto* einklagen. Der Mann gilt eben als Käufer, denn, sagt Ulpian: æstimatio venditio est[1]).

Zwar darf man die Gleichstellung[2]) dieser zwei Institute nicht als eine absolute auffassen, sondern es ist nur angedeutet, dass *gewisse* Grundsätze des Kaufes

[1]) L. 10 § 5, i. f. D. 23. 3.
[2]) Siehe näheres bei Czyhlarz S. 153 flgd.

Digitized by Google

auch bei dieser Art der Dosbestellung angewendet werden; es drücken dies klarere Quellenstellen auf's deutlichste aus [1]):

L. 16 D. 23, 3. quæ sententia habet æquitatem, quia non *simplex venditio* est, sed *dotis causa.*

Ebenso Justinian: L. un. § 9 C. 5, 13: Aestimatarum enim rerum maritus *quasi* emptor et commodum sentiat et periculum expectet.

Anknüpfend an dieses „et periculum expectet" ergiebt sich, dass als einer dieser Grundsätze des Kaufes, der in die aestimatio übergegangen, sich vor allem die Gefahrtragung seitens des Mannes erweist; ja es wird sogar allgemein angenommen, dass gerade aus diesem Grunde das Institut der Aestimatio geschaffen wurde, um die Frau von den Gefahren des Zufalls zu schützen, was besonders aus l. 10 p. D. 23, 3 hervorgehen möchte:

Plerumque interest viri, res non esse aestimata idcirco, *ne periculum rerum ad eum pertineat,* maxime si animalia in dotem acceperit vel vestem, qua mulier utitur; evenit enim, si aestimata sit et eam mulier adtrivit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet [2]).

In dieser Stelle selbst schon ist anerkannt, dass diese Art der Dosbestellung vielleicht ein Danaergegeschenk [3]) für den Mann ist und es erscheint sehr

[1]) Cujac: Obs. L. XVII. Cap. 1.

[2]) Vergl. ferner l. 12. § 1; l. 15, l. 69 § 8, D. 23, 3; l. 53 § 1, D. 24, 1; l. 51, D. 24, 3.

[3]) Cogliolo, S. 160 im Arch. Giurid. XXIX zieht gerade die gegentheiligen Consequenzen und meint, die Institution sei eben desswegen getroffen, um auf jeden Fall dem Manne die Dos zu sichern. Vergl. l. 52 § 1 D. 19, 1.

Digitized by Google

logisch und zugleich billig, ihm dafür ein Aequivalent zu schaffen. Ein solches Aequivalent bietet sich im Evictionsanspruch.

Dieser wird dem Ehemann denn auch folgerichtig gewährt und es finden sich keine Stellen, die dem in l. 1 C. 5, 12 angeführten Passus widersprächen, wohl aber mehrere[1]), die dessen Giltigkeit erhärten; vergleiche besonders l. 16 D. 23, 3. Quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea, virum ex empto contra uxorem agere: et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione, soluto matrimonio, ei praestare oportet: quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur.

Aus diesen letzten Worten erhellt, dass wie beim Kauf, auch hier von vorneherein eine duplae stipulatio geschlossen werden kann[2]), so dass dann die actio empti überflüssig wird. Das Prinzip der Evictionshaft ist aber dadurch nicht geändert.

Ebenso unbestritten ist, wie schon bemerkt, ein zweiter Fall der Evictionshaft, da nämlich, wo *wissentlich* eine *fremde* Sache als Dos dargegeben wird. Die Haftung tritt dann wegen dolus ein. § 2 der Constitution bestimmt:

Aber schon jenes „plerumque interest viri" lässt darauf schliessen, dass als prius der Schutz der Frau von den Juristen beabsichtigt war.

[1]) l. 52 § 1, D. 19, 1. Praedium aestimatum, in dotem a patre filiae suae nomine datum, obligatum creditori deprehenditur; quaesitum est, an filius, qui hereditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset, dote contenta, *actione ex empto* teneatur, ut a creditore lueret et marito liberum praestaret. Respondit, teneri.

Ebenso vergl. in frag, Vat. § 105 c. L. 1. C. V. 12.

[2]) Vergl. Czyhlarz pag. 209. Bechmann pag. 230.

Digitized by Google

Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide res in dotem data est, nulla marito competit actio: *dolo autem dantis interposito, de dolo actio* adversus eum locum habebit.

Dass die actio doli, dieses prätorische Rechtsmittel, auch dem Ehemann zu gute kommen soll, braucht uns nicht zu verwundern, denn nicht nur ergriff sie alle onerosen Rechtsgeschäfte in kürzester Zeit, sondern breitete ihre Herrschaft sogar auf die Schenkung aus [1]). Wird doch durch dieselbe der böse, arglistige Wille bestraft, wesswegen auch ihre strengen Folgen zu begreifen sind. Wenn sie nun ausnahmsweise der mildern actio in factum Platz macht, wie z. B. l. 11 § 1, D. 4, 3 bestimmt [2]): Quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronesve, — demnach aus innern Gründen, so scheint auch der Schluss des § 2 obiger Constitution sehr dem Rechtsgefühl angepasst, wenn es heisst:

— nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne *famosa actio* adversus eam detur, in *factum actio* competit.

Man hat gegen diese Bestimmung in *l. 69 § 7, D. 23, 3* einen Widerspruch finden wollen [3]): Cum res in dotem aestimatas, soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur: ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro, alioquin *de dolo tenetur*.

---

[1]) Vergl. l. 18 § 3, D. 39, 5.
[2]) Ebenso l. 10 D. h. t.
[3]) Vergl. Cogliolo: Archiv. giurid. XXIX. S. 160.

Digitized by Google

Arndts [1]) löst jedoch das Problem, indem er das „de dolo tenetur", im weitern Sinne auffasst, als den *Grund* bezeichnend, aus welchem die Frau haftet und nicht *die Art* der Klage [2]).

Jedenfalls entspricht diese Lösung der Aequitas voll und ganz nnd ist aus diesem Grunde der l. 1 C. 5, 12 die grössere Bedeutung zuzuschreiben.

[1]) Arndts: Archiv f. civ. Praxis S. 152. Vergl. ebenso Fadda: Archiv. giurid. XXXI. S. 366.

[2]) Czyhlarz S. 209: — „Es ist in letzter Stelle zwar von einer Haftung der Frau wegen dolus, nicht aber von der actio doli die Rede."

Digitized by Google

IV.

§ 1.

Endlich zum Schwerpunkt der aufgeworfenen Frage, zur Interpretation des Prinzipiums unserer Constitution!

Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest.

Dürfen wir hier zu Gunsten der Dos der herrschenden Ansicht beistimmen, die die Kreise der Evictionshaft weiter zieht und pollizitatio und promissio als der Dosbestellung vorangegangene Versprechen verstanden wissen will, oder halten wir uns an die engere Fassung, die wir die Brinz'sche nennen, nach welcher jene Ausdrücke blos die Bedeutung von besondern pacta de evictione praestanda haben?

Bevor wir auf die direkte Beantwortung der Frage selbst lossteuern, wenden wir uns vor allem gegen eine Bemerkung *Thibaut's* [1]): „Schon dem Versprechen an und für sich wird eine tief innewohnende eigenartige Bedeutung zugeschrieben. Wer blos gebe, der binde sich nicht, aber wer verspreche, der schaffe ein vinculum juris und müsse sein Wort absolut halten. Diese aus der Vernunft abgeleiteten Gründe sind kühl

[1]) Civ. Abhandlung S. 59.

Digitized by Google

und nüchtern, wie die alte Rechtsphilosophie grösstentheils selbst."

Damit, dass er überhaupt eine weitergehende Kraft des Versprechens -- hier speziell des Dosversprechens — leugnet, schneidet Thibaut natürlich auch kurz die Annahme ab, als ob im Falle der Eviction einer Dos, der ein Versprechen vorangegangen, es sich noch um eine Haftung handeln könne.

Dieser etwas allgemein gehaltenen Auffassung und deren Verwendung auf vorliegenden Fall gegenüber mag folgende Entgegnung entscheidend wirken:

Ulpian in frag. VI. 1 spricht sich über die Dosbestellungsarten aus:

Dos aut datur, aut dicitur, aut promititur.

Dass dies keine erschöpfende Eintheilung der Bestellungsakte ist — oder man subsumire dann unter datur alles, was weder unter die Begriffe der promissio noch dictio fällt [1]) — ist für unsere Frage weniger wichtig, als die Bedeutung, die diesen Versprechen als konstituirenden Akten zugeschrieben wird. Früher[2]) galt allgemein die Auffassung, dass die Constituirung der Dos nicht schon durch die promissio oder dictio erfolge, sondern es müsse die numeratio hinzutreten: In jure semper constituitur dos traditione non verbis [3]).

---

[1]) Vergl. hier Czyhlarz S. 92, Bechmann II S. 49; Hasse S. 259, die das für möglich und nothwendig erachten.

[2]) S. Glück XXIV, S. 438.

[3]) Vergl. Cuiac: Com. in lib. XI Quaest. Papin. ad. l. 7 D.
Donellus: Com. XIV C. 4.
Tigerström I, S 88.
Hasse: Ehel. Güt. Recht S. 264 seq.

Digitized by Google

Heute ist diese Ansicht ebenso allgemein aufgegeben, seitdem *Hasse* das innere Merkmal der Constitution als darin bestehend nachgewiesen, dass das Vermögen des Mannes vermehrt sei, gleichviel ob in re oder aber durch eine blosse Forderung. Promissio und dictio schaffen ohne Zweifel solche Ansprüche, deren Geltendmachung einfach noch von der Eingehung der Ehe abhängt, so dass sie sich ihrem innern Wesen nach, abgesehen von der Form, von der datio dotis nicht unterscheiden. — Auch in den Quellen findet sich dieser Gedanke klar ausgedrückt, wonach *dos promissa* selbst *dos constituta* ist.

l. 41, D. 24, 3. Si pater ignorans, filiam divortisse dotem ex causa promissionis numeravit, non per indebiti condictionem, sed de dote actione pecunia debetur. — Also wenn der Vater, von der Scheidung nichts wissend, die versprochene Dos auszahlt, so kann er sie nicht mit einer condictio indebiti zurückfordern, ein Beweis, dass das Versprechen als solches schon Bestellung ist, ohne dass die wirkliche Hingabe der Dos dazu zu kommen braucht. — Nicht minder deutlich erhellt das gesagte aus folgender Stelle [1]):

l. 36, D. 23, 3. Debitor mulieris, jussu eius, pecuniam viro expromisit; deinde vir acceptam eam jussu mulieris fecit: Res mulieri perit. Hoc quomodo accipimus? utrum dotis nomine an si alia ex causa? Et videtur de eo debitore dictum, qui dotis nomine promisit.

[1]) Vergleiche l. 44 § 1, D. 24, 3; l. 38, D. 23, 3. Betr. scheinbar widersprechender l. 81, D. 17, 2, und l. 1, C. 5, 15, vergl. Czyhlarz S. 99. Hasse S 281—289.

Digitized by Google

Sehr klar scheint uns von den Neuern [1]) besonders Windscheid den von Hasse angeregten Gedanken aufgenommen zu haben, wenn er sagt: Das durch das Versprechen dem Manne erworbene Forderungsrecht steht schon unter Dotalgrundsätzen [2]).

Derart werden nun die Schlüsse klar, die die herrschende Meinung mit vollem Rechte zieht:

Wird nämlich das Versprochene nachher evinzirt, dann ist das Versprechen, ist die Obligation eben nicht erfüllt und es muss zum zweiten Male geleistet werden[3]).

Nicht weniger deutlich sind in dieser Beziehung die Quellen:

l. 98 de solut. et liberat. 46, 3. — Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia sua *dotem promittendo* obligavit et solvit. Si ea res a creditore evicta est, dicendum est, ex dotis *promissione agere posse,* ac si statu liberum, remve sub conditione legatam, dotis nomine pro filia pater solvisset. *Harum enim rerum solutio non potest,* nise ex eventu *liberare;* scilicet, quo *casu certum est, remanere eas.*

Ebenso l. 23, D. 21, 2. — Sed et si post mortem

[1]) Windscheid § 495 a. 2, ebenso Brinz 2. Auflage § 482 a. 1 und 479 a. 14.

[2]) Entgegenstehend vergl. hier Sohm: Institut. S. 327 und die Korrektur in Krit. Vierteljahrschrift Bd. 26, S. 522.

[3]) Vergl. *Pothier*: Pandekt XXIII 3, n. 43. Nam qui dixit aut promisit, non fuit liberatus solutione.

Brunemann: Quando promissio dotis praecedit dotis constitutionem et deinde dos fuerit evicta, tunc datur marito actio de evictione (?) quia qui promittit, se obligavit; quae obligatio non tollitur, nisi re soluta.

Schweppe § 680: Wer eine Dos verspricht, muss, wenn durch Annahme das Dosversprechen ein Paktum geworden ist, seine vertragsmässige Obligation erfüllen, was nicht geschieht, wenn die Dos dem Manne evinzirt wird.

Digitized by Google

mulieris evincatur regressus erit ad duplae stipulationem; quia ex promissione maritus adversus heredes mulieris agere potest; et ipsi ex stipulatu agere possunt[1]).

Gemäss diesen Stellen kann nun gewiss kaum mehr ein Zweifel bestehen über die Bedeutung, die die Römer dem Dosversprechen beilegten und die Versuchung ist unbedingt sehr nahe gelegen, um — gestützt auf diese als zweifellos erkannte Verpflichtung zu wiederholter Leistung des Versprochenen — dieses promissio vel pollizitatio fuerit interposita im Sinne der herrschenden Meinung auszulegen.

Bevor wir uns jedoch in diese spezielle Untersuchung einlassen, dürfte es nicht überflüssig sein, die innere Begründung zu erforschen, der solch strenge Grundsätze entspringen können, wie wir sie beim Dosversprechen finden. Warum vor allem ist dessen exceptionelle Stellung gerechtfertigt, was überhaupt bedeutet Promissio, was Pollizitatio?

§ 2.

Manche wollen beim Dosversprechen gar nichts aussergewöhnliches bemerken, sondern sehen darin die blosse Anwendung der Regeln, von denen das Versprechen im allgemeinen beherrscht werde; ja einige[2]) gehen so weit, sogar eine unbedingte Evictionshaft

[1]) Gegen Gradenwitz: Interpolat. S. 83 der d. „regressus eriit ad duplae stipulationem" eingeschoben hält; vergl. die diesbezügl. Entgegnung in Anmerkung 40 § 482 d. Brinz. Pand. 2. Auflage.

[2]) Vergl. *Baldus* ad l. Tit. de jur. dot.
Bartolus com. ad L. 18 de donat.
Guzmann, de evict. c. 15 n. 9,

Digitized by Google

da zu behaupten, wo ein Versprechen einer Schenkung vorangeht.

Man beruft sich dafür auf die bekannte Constitution 1 C. 5. 12, indem das, was für die Dos gelten soll, auch auf die Schenkung übergeleitet wird.

Die gegnerische Ansicht spricht dieser Auslegungsart von l. 1 C. 5, 12 die Berechtigung ab, auch hinsichtlich des Dosversprechens, vielleicht letzteres nur zum Zwecke, um ihre gegentheilige Meinung über das Schenkungsversprechen zu retten [1]).

Wir aber halten dafür, dass diese Stelle jenen Erörterungen über das Schenkungsversprechen gar nicht dienen kann, sondern nur für das Institut der Dos massgebend sein will, der Dos, die eben keine Schenkung ist. — Ob das Versprechen für dies oder jenes Rechtsgeschäft diese oder jene Bedeutung habe, ist gleichgiltig; es genügt, dass seine Kraft bei der Dosbestellung als die von Vielen behauptete bewiesen werde.

Zu diesem Zwecke wird folgende Erwägung von Werth sein:

Es ist eine bekannte Thatsache, dass das Maass von Obligationen nie in das Belieben der Schuldner gestellt werden darf, ansonst keine Verbindlichkeit eintritt, demnach die Obligation dahinfällt. Die Quellen sind in dieser Beziehung entschieden:

l. 94 D. 45, 1. Triticum dare oportere stipulatus est aliquis: — — cum destinare genus et modum vellet, non fecit, *nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modicum.*

[1]) Vergl Thibaut: Civ. Abhdlg.; dagegen nimmt er in seinen Pandekten den Standpunkt der herrschenden Meinung ein.

Digitized by Google

Dann l. 108 § 1. Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit [1]).

Von diesem allgemeinen Grundsatze weicht nun auch regelmässig das Dotalversprechen nicht ab, von dem Grundsatze nämlich der Nothwendigkeit absoluter Hervorhebung des versprochenen Inhaltes.

l. 48 D. 23, 3. — decem in anno proximo dotis nomine dare spondes? oder

l. 49 D. h. t. Vir ab eo, qui uxori ejus dotem facere volebat, *certam pecuniam* eo nomine stipulatus est —

Jedoch sind nun zu Gunsten der Dos Abweichungen zugelassen worden, aus denen aufs evidenteste erhellt, wie man mit aller Gewalt den Mann in seinen auch nur etwaigen Aussichten auf eine Dosbestellung zu unterstützen suchte, ja, wie man ganz offen eine Verbindlichkeit zur Dotirung schärfer beurtheilt wissen wollte, als jede andere. Entscheidend wirkt in diesem Punkte Papinian:

l. 69. § 4 D. 23, 3: — Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat; *Arbitrio quoque detracto* stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, quum *inter modum constituendae dotis* et corpus ignotum *differentia magna est;* — dotis enim quantitas pro modo facultatem patris et dignitate mariti constitui potest.

[1]) Diese angeführte Stelle bezieht sich auf das Maass insofern, als sie das Gutdünken des Schuldners dem Nichtvorhandensein eines Maasses gleichsetzt.
Vergl. ferner l. 95; l. 108 pr.; l. 115 p. D. 45, 1.
Vergl. l. 60; l. 79 D. h. t.; l. 21, l. 30 D. 23, 4.

Digitized by Google

Man hat versucht, den Grund dieser Entscheidung in den Umstand zu verlegen, dass die Person des Promissors gerade der Vater der Frau sei und dass sich dadurch aus der sittlichen Pflicht, die diesem auferlegt wäre, dieser objektive Massstab leicht ableiten lasse. Allein eine ebenso deutliche zweite Stelle beweist, dass auch beim Versprechen der Frau die gleiche Beurtheilung Platz greift:

l. 60 D. 23, 3. — quaero, quantae pecuniae dotem promittenti adultae mulieri curator consensum accomodare debeat; respondit: modus ex *facultatibus et dignitate mulieris* maritique statuendus est quousque ratio patitur [1]).

Gelingt es noch nachzuweisen, dass auch ein Extraneus an ein so beschaffenes Versprechen gebunden ist, dann wird jene Theorie, als komme es auf die Person des Versprechenden an, fallen gelassen werden müssen. Hier hilft *l. 3 C. 5, 11*:

Si quum ea, quae tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cujus meministi dotem tibi non addita quantitate, sed quodcunque arbitratus fuisset, pro ea daturum se rite promisit, et interpositae stipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus usus ad repromissi emolumentum jure judiciorum pervenies; videtur *enim boni viri arbitrium stipulationi* insertum esse.

Die Einwendung ist nun allerdings nahegelegen, dass ja auch bei andern Geschäften [2]) die Erfüllung in

[1]) Vergl. ferner l. 52 D. 26, 7; l. 9 C. 5, 35.

[2]) Aber alle diese Geschäfte gehören dem Gebiete der bonae fidei negotia an und bilden selbst da eine Ausnahme. — Die promissio dotis aber ist ein negotium stricti juris.

Digitized by Google

das billige Ermessen sowohl des Gläubigers [1]) als auch des Schuldners [2]) gestellt werden dürfe, ohne die Folge der Nichtigkeit. Gewiss; aber dann muss es ausdrücklich bemerkt werden, was bei unsern Dotalversprechen ohne weiteres supplirt wird. Wir halten mit Czyhlarz die Worte, „sed quodcunque artitratus fuisset", nicht entgegenstehend, indem sie ganz wohl ausgelassen werden könnten, weil sie an und für sich die stipulatio, als einem judic. stricti juris, in nichts beeinflussen [3]).

Auch die ominöse l. 1 C. 5, 11 -- frustra existimas, actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, sed hactenus nupitali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat dotem dare promiserit — wird unserer Theorie nicht mehr mit Erfolg entgegengehalten werden können, seitdem in so überzeugender Weise der Sinn von „nupitali instrumento adscriptum" fixirt wurde, als blosse Bemerkung, lediglich zum Heirathskontrakt hinzugefügt, *dass* promittirt sei."

---

[1]) *l. 22 D. 50, 17.* Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

[2]) Vergl. *l. 7 p. D. 18, 1.* Haec *venditio* servi „si rationes domini computasset arbitrio — conditionalis est —.

[3]) Vergl. in dieser Beweisführung besond. Czyhlarz S. 103; Bechmann S. 67 flgd. Dagegen *Hasse,* S. 369 seq., mit ihm *Glück,* XXV S. 167 seq. *Bechmann,* S. 69, „Der Zusatz, quodcunque arbitratus fuerit debitor", ist völlig bedeutungslos. *Windscheid,* § 495 a. 4; dagegen *Dernburg,* Pand. III § 16 a. 12; s. auch Brinz, Pand. 2. Aufl. § 482, Anm. 31 flgd. Czyhlarz S. 102 flgd. Bechmann S. 71.

Digitized by Google

§ 3.

Diese Illustration der Promissio in Beziehung auf die Dos scheint die Berechtigung zu gewähren, jedes fernere Mäckeln an dem behaupteten Werthe, diesem innern Gehalte des Dosversprechens, zurückzuweisen und es darf sogar nicht mehr verwundern, wenn eine grosse Zahl von Gelehrten [1]) sich nicht gescheut hat, den Grundgedanken dieser Begünstigung der Dos bis zu diesen äussersten Konsequenzen fortzuspinnen, dass sie von der in der Constitution vorkommenden Pollizitation behauptet, sie müsse in ihrer gewöhnlichen Bedeutung von „einseitigem nicht acceptirtem" Versprechen aufgefasst werden.

Mit Recht hat aber die herrschende Meinung diesen grossen Schritt nicht gethan und erkannt, dass die Pollicitatio dotis doch nicht unter jene engbegrenzten Fälle der Titelrubrik: „De Pollicitationibus" — subsumirt werden darf. — Wenn hier Ulpian l. 3 p. D. 50, 12) auch entschieden die Pollizitatio in obigem Sinne definirt, als: Pactum est duorum consensus atque conventio, *pollicitatio vero solius offerentis promissum,* so bestimmt er aber auch ebenso unzweifelhaft, dass nur unter zwei Bedingungen der Versprechende an ein solches Versprechen gebunden sei:

1. Bei einem Versprechen zu Gunsten einer Gemeinde, wobei erst noch eine besondere justa causa vorliegen muss.

[1]) *Löhr,* Zeitschr. f. Civ. u. Prax. S. 227 flgd.
Puchta, § 415.
Sintenis. § 132.
Holzschuher, I § 58.
Fadda, Archiv. giurid. XXXI 380.

Digitized by Google

l. 1. D. 50, 12. Si pollicitus quis fuerit, reipublicae opus se facturum, vel pecuniam daturum — und zwar:

l. 1 § 1 D. h. t. Si quidem ob honorem promiserit, decretum sibi vel decernendum, *vel ob aliam justam* causam, tenebitur ex pollicitatione [1]).

2. In Folge eines Gelübdes d. h. eines frommen Zweckes — si quis rem aliquam voverit — wohin das canon. Recht noch das Versprechen zu Gunsten einer Kirche überhaupt hinzufügte [2]).

Wie sehr nun auch die Bestellung einer Dos das Be- und Entstehen der Ehe beeinflussen wird, demnach indirekt ganz bedeutend auf das Staatsleben einwirken kann, so darf sie doch diesen beiden Fällen, durch die die öffentliche Wohlfahrt so direkt berührt wird, nicht an die Seite gestellt werden und ist sie deshalb auch nicht unter diesem Titel erwähnt. Es ist übrigens gewiss [3]), dass Pollizitatio nicht bloss in dem von Ulpian hier bestimmten Sinne aufzufassen ist, sondern dass der Ausdruck auch in vielen Fällen vorkommt, wo es einer ausdrücklichen Annahme bedarf, so dass beide Seiten eines Vertrages erfüllt sind, wir also auch Vertrag und Versprechen als gleichbedeutend verstehen; z. B. l. 43 D. 18, 1. Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit [4]).

[1]) Vergl. ferner l. 4, l. 6 § 2, l. 7, l. 9, l. 11, l. 12 D. h. t.
[2]) C. 18 X. de cens. 3, 39.
[3]) Bechmann, S. 107. „Vor allem müssen wir die Vorstellung aufgeben, als liege das Moment der Einseitigkeit wesentlich im Begriffe der Pollizitatio."
[4]) Vergl. ferner l. 10 D. 39, 4; l. 5 C. 8, 38.

Digitized by Google

Dass hier von einem acceptirten Versprechen die Rede, ist ausser Zweifel.

Wollen wir nun jene Grundsätze, die wir über den Begriff und das Wesen der Dos schon in der Einleitung verfochten haben, nicht ohne weiteres fahren lassen, so müssen wir uns dieses Auskunftmittels mit vollen Händen bedienen, um so mehr, da wir gezeigt haben, dass die Bestimmungen jener Titelrubrik dem Dosversprechen ganz entschieden die Thore schliessen, wenn es sich dort einen Platz suchen will [1]).

Im weitern Sinne dagegen, aufgefasst als obligatorisches Versprechen, lässt sich die gewonnene Definition der Dosbestellung, als einem zweiseitigen Akte, leicht darunter subsumiren und alle Widersprüche sind vermieden.

Diese Auffassung ist auch mit Recht die herrschende geworden [2]).

§ 4.

Diejenigen, die an der Pollicitatio, auch bei der Dos, als einseitigem, nicht acceptirtem Versprechen festgehalten, berufen sich auf die Ableitung derselben von der alten dictio.

Gegen diese Ableitung selber lässt sich nichts entgegnen und wird demgemäss auch allgemein zuge-

[1]) Pothier Pand. justin. Tom II Lib. XXIII. Tit. 3. n. XLIII. not. b.:
Per pollicitationem autem intelligit Tribonianus *nudum pactum*, quo jure justinianeo dos constitui postest; et hanc vocem opponit promissioni, quae significat stipulationem.

[2]) So die Pandektenlehrbücher von Windscheid, Arndts, Brinz, dann Bechmann, Czyhlarz, Glück, etc.

Digitized by Google

standen, dass in den verschiedensten Quellenstellen eine Interpellation von Pollicitatio an Stelle der dictio stattgefunden.

Z. B. l. 1 § 8 D. 37, 7. Filiam, quae ob intestato patris heres fit, conferre quidem dotem opportet; consequens autem est, ut ex pollicitatione dotis pro parte dimidia fratrem suum liberet [1]).

Dass in ähnlicher Weise unsere Constitution umgeändert worden, ist so ziemlich unbestritten [2])

Nämlich zu den Zeiten der Kaiser Severus und Antoninus war ein *Dosversprechen* noch nicht anders klagbar, ausser dann, wenn ihm eine dictio oder eine promissio voranging, besser, wenn es in einer solchen bestand. Als nun später die Kaiser Theodos und Valentinian durch ihre Verordnung vom 1. März 482 bestimmten [3]):

Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta — und diese Stelle mit einigen Modificationen von Justinian in seinen Codex aufgenommen wurde, so interpolirte man alle Stellen, die von der dictio handelten und setzte an deren Stelle das Wort „pollicitatio“ oder auch promissio [4]).

[1]) Vergl. l. 13 C. 5, 12.

[2]) Dagegen Brinz Pand. 2. Aufl. S. 736. Vergl. hier Glück XX 170, XXV 168.

[3]) l. 4 C. Th. de dot. 3, 13.

[4]) *Löhr,* Giess. Zeitschrift I S. 229.
Arndts, Gesammelte Schriften S. 480 seq.
Glück, Erläuterungen d. Pand. XX. S. 171 seq.
Arndts, Pand. § 403. Ebenso *Windscheid,* § 495 a. 3.
Vering, Gesch. d. Just. § 220 IV: „An die Stelle der Dotis dictio trat seit Theodos II die dotis pollicitatio d. h. auch das

Digitized by Google

Die L. 1 C. 5, 12 blieb von dieser Interpolation nicht verschont und so haben wir uns am Platze von pollicitatio unzweifelhaft die ehemalige dictio zu denken, worauf schon mit Bestimmtheit die daraus entspringende Klage „condictione“ an die dictio erinnernd, deutet [1]).

Halten wir jetzt an dieser Vertretung der alten dictio durch die Pollizitatio fest und fassen gleichzeitig das Bestreben einer grossen Zahl von Gelehrten ins Auge, diese dictio als einseitiges, formelles Versprechen zu behaupten, dann müssen wir ihre Schlussfolgerung auch auf die einseitige Natur der Pollicitatio unbedingt eine logische nennen und es ist daher zu verwundern, wenn Bechmann sich ausdrückt, die Untersuchung über die einseitige oder zweiseitige Natur der dictio sei eine müssige Frage, die nur aufgeworfen worden wäre, um für die angeblich einseitige Natur der Pollizitatio schon im klassischen Recht ein Vorbild zu entdecken [2])

einseitige nicht förmlich acceptirte (?) Versprechen einer Dos von Seite eines andern als jener 3 Personen war jetzt klagbar.“

Cuiac: T. 1, ad. tit XXII Ulp. Denique cum Severus scripsisset: Dictio vel promissio, et paulo post: ex dictione vel et stipulatione (necdum enim ex pollicitatione dotis actio erat) pollicitationem Tribon. adscripsit, et condictionem ex pollicitatione. Cum tamen ex pactis vel pollicitationibus praescriptis verbis, non condictio dari soleat.

Wenn nun auch die dictio durch die neue Formlosigkeit getilgt wurde, so ist deswegen die fernere Berechtigung der Stipulation — ja sogar der dictio selber — nicht ausgeschlossen. Wenn man formlos pactiren kann, so kann man es noch vielmehr an eine gewisse gegebene Form gebunden, sobald man das letztere vorzieht; es ist eine Modification des „in majore minus. Durch Beibehalten der Stipulation ist der bisherigen Gewohnheit Rechnung getragen.

[1]) Die Andeutung von dictio auf condictio zugegeben, berechtigt sie doch nicht zu den Consequenzen, die Glück daraus ziehen will. (Siehe weiter unten Seite 38.)

[2]) Er scheint die Wichtigkeit der Untersuchung doch nach-

Digitized by Google

Ist nun aber die dictio in Wirklichkeit ein solches einseitiges, nicht acceptirtes Versprechen? [1])

Es ist klar, dass jedes so beschaffene Versprechen eine gewisse Härte für den Versprechenden hat und diese Strenge muss sich shon innerlich rechtfertigen; entweder dadurch, dass das Versprechen einem bestimmten grossen Zwecke dient, wie wir es in den 2 Fällen der Pollizitatio bereits manifestirt gesehen haben, oder aber es bleibt die Alternative offen, die weniger grosse Rücksicht gegenüber dem Versprechenden in dessen besonders beschaffenen Stellung zu suchen.

Dass die erste Bedingung bei der dictio nicht erfüllt ist, haben wir bereits in der vorangegangenen Darstellung konstatirt. Dagegen liegen scheinbare Anhaltspunkte vor, die das Erfülltsein der zweiten Eventualität nicht ausschliessen.

Während nämlich die Dos von Jedermann promittirt werden kann [2]): promittendo dotem omnes obligantur, cuius cunque sexus, conditionisque sint, — so ist

her gewürdigt zu haben, wenn er schreibt: „Durch die Darlegung dieses geschichtlichen Zusammenhanges zwischen der Dictio und der Pollicitatio erledigt sich nun auch sofort die Streitfrage, ob unter letzterm ein einseitiges, die Acceptation nicht bedürfendes Versprechen oder vielmehr ein formloser Vertrag zu denken sei.

[1]) So behaupten:
Puchta, Institt. § 292.
Vering, Gesch. und Institut. d. r. R. § 220.
Löhr, Ztschrt. f. Proz. R. I 227 seq.
Besonders *Meykow,*: Dissertation, Die Diktion der röm. Brautgabe.
Fadda, Archiv. giurid. XXXI, 381 seq.
Bernstein, Zur Lehre der dotis dictio in d. Festgabe für Georg Beseler S. 89, 93.

[2]) Ebenso Ulp. c. I § 2, i, f.: Dare, promittere omnes possu nt

Digitized by Google

eigenthümlicherweise die Möglichkeit, eine Dos zu diciren, nur bestimmten Personen gestattet, nämlich der Frau selbst, ihrem Vater und ihrem Schuldner [1]). — Bedenkt man jetzt, dass einerseits eine fast gesetzeskräftige, sittliche Pflicht, anderseits so wie so eine obligatorische Verpflichtung (— der Schuldner erfüllt seine geschuldete Leistung —) die Versprechenden behaftet, so dass sie demnach auf alle Fälle, quasi ipso jure verpflichtet sind, so kann man sich eine gewisse Ueberflüssigkeit der Acceptation ganz gut erklären. — Aber auch bei dieser Erwägung lässt sich nicht verhehlen, wie wenig geeignet diese Gründe wären, um auch das Wesen der von der Dictio abgeleiteten Pollicitatio im obigen Sinne zu beeinflussen. Denn was drücken jene Worte — etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione — aus? Offenbar, dass die Beschränkungen, nach denen ein Dotalversprechen nur dann ad exactionem dotis führen könne, wenn die Erfordernisse [2]) einer Stipulation oder einer Diction erfüllt seien, nun hinwegfallen sollen, mithin in subjektiver Beziehung die Begrenzung des engen Personenkreises, der zu diciren fähig ist. — Auch *alle* Personen sollten nun *diciren* können [3]). Damit ist jedoch nicht gesagt, dass jenes Substrat einer sittlichen (— des Vaters —)

[1]) Ulp. frag. VI § 2. Gai. epit. II. 9 § 3.

[2]) Czyhlarz (S. 124) versteht unter diesen Erfordernissen dagegen die Form der Dictio und der Stipulation; wir halten dafür, dass sowohl das *eine* wie das *andere* damit begriffen ist.

[3]) Dürfte nicht auf diese spätere Ausdehnung die Stelle des Gaius epitomatus schon hindeuten, wenn er die Möglichkeit des dicirens auch für die verheirathete Frau behauptet: Si mulier sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat? Dagegen Bechmann, der die Stelle für gefälscht hält. S. 93.

Digitized by Google

resp. obligatorischen (— des Schuldners oder der Frau —) Verpflichtung eine berechtigte Herrschaft nun auch über Jedermann erhalte; im Gegentheil; wenn es überhaupt je existirt, müsste es bei dieser Verallgemeinerung des Anwendungsgebietes der Dictio — in Form der Pollicitatio, — verloren gehen.

Noch weniger werthvoll dürfte die Bemerkung von Camici sein [1]): Die Annahme seitens des Mannes sei bei der dictio deshalb nicht nöthig, da die Dos nicht nur in seinem, sondern vielleicht noch mehr im Interesse der Frau bestellt sein könne, in Folge dessen der Mann überhaupt nicht ausschlagen dürfe. — Es kann dieses Urtheil nur auf einem vollständigen Umwerfen, wenn nicht Vérkennen des von der Dos im Allgemeinen gewonnenen Begriffes beruhen [2]). Es müsste demnach der Mann eine Dos annehmen, selbst wenn sie für ihn das reinste Danaergeschenk wäre -- sofern es nur die Frau wollte? Erhielte nicht dadurch die Dos ihre Beurtheilung hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Frau? Man sieht, das ganze System der Dos würde über den Haufen geworfen.

Ein dritter Gesichtspunkt mag noch zu erörtern gestattet sein, der die Annahme eines einseitigen Versprechens am ehesten motifiren dürfte.

Wie unterscheidet sich denn die Dictio von der

[1]) Vergl, Archivio giurid. XXXI. S. 379.

[2]) Windscheid, § 494 a. 1. Die Bestellung der Dos ist immer ein zweiseitiger Akt. Der Ehemann hat als Dos nur, was er als Dos haben will. Man kann nicht sagen, dass ihm etwas als Beitrag zu dem Eheaufwand zugebracht sei, was er nicht als solchen Beitrag angenommen.

Digitized by Google

Stipulatio? Gewiss [1]) ist der formelle Unterschied, nach welchem nicht der Gläubiger durch Fragestellung die Initiative ergreift. — Während die Formel der Promissio ungefähr folgenden Inhalt hat: Decem dotis nomine dare spondes! — spondeo —, so lautet sie bei der Dictio: Tantum tibi erit dotis nomine, worauf „accipio" folgt oder auch nicht.

Kann nun aber dies das fundamentale, unterscheidende Kriterium zwischen diesen beiden Versprechensarten sein? frägt Fadda [2]).

Kaum, denn es gebe auch Stipulationen, wo die zwei Manifestationen, aus denen die Vereinigung des Willens, nämlich der Frage und Antwort, resultire, gar nicht in der gewohnten Stipulationsform erfolgen, sondern wo der Stipulirende seinen Willen erst *nach* dem Versprechen bekunde. Hiezu beruft er sich auf folgende Stelle:

l. 1 § 3 D. 45, 1. Cum adicit aliquid vel detrahit stipulationi, semper probandum esse, vitiatam esse obligationem; nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit. Tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.

„Wenn demnach die Stipulation ebenfalls eine solche Dictionsform annehmen kann, worin würde sich dann in einem solchen Falle die Dictio von jener mehr

[1]) Gai. Epit. II. 9, 3: Sunt et aliae obligationes, quae nullae praecedente interrogatione contrahi possunt id est, ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat.
Aehnliche Formeln: l. 25, l. 44 § 1, l. 46 § 1, l. 57 p. D. h. t. l. 125, D. de verb. signif.
Löhr: Giess. Zeitschr. I S. 227.

[2]) Archiv. giurid. XXXI. S. 380.

Digitized by Google

unterscheiden? Das einzige mögliche Unterscheidungsmerkmal bleibt desshalb noch die Unnöthigkeit der Acceptation."

Gegen diesen Einwand bemerken wir folgendes: Nach unserer Ansicht motifirt die obige Stelle gar nicht die Annahme, dass die gewöhnliche Form der Stipulation hier in einem von Fadda gewollten Sinne abgeändert ist; denn wenn auch von der vorangehenden Befragung in der zweiten Stipulation nichts mehr ausdrücklich gesagt ist, so ist sie eben zu ergänzen, eine Voraussetzung, die gewiss darin ihre Berechtigung findet, dass diese beiden Stipulationen quasi in einem Athemzuge abgeschlossen werden.

— — — — — — — — — — — —

Alle die angeführten Erwägungen haben sich also als nicht stichhaltig genug bewährt, die Einseitigkeit der Dictio als eine zweifellose zu sichern. Dagegen lassen sich um so besser Gründe ins Feld führen, die diese einseitige Natur geradezu umstossen und den Vertragscharakter in grösster Deutlichkeit offenbaren. Denn [1]):

Nach den neuesten Untersuchungen hat sich als unzweifelhaft ergeben, dass die dictio nicht durch Gesetz eingeführt wurde, sondern dass sie mit den Sponsalien in Verbindung gestanden, und zwar in ursprüng-

[1]) Vergl. Bechmann S. 95 seq.
Czyhlarz S. 118 seq.
Hasse 290 seq. Dagegen
Bechstein: Zur Lehre von der *dotis dictio*. Festgabe für Georg Beseler — sagt, die dictio sei ursprünglich eine lex coemptioni dicta, erlassen im Momente, wo der Gewalthaber seine Tochter durch cemptio in fremde manus gebe.

Digitized by Google

licher Form blosser Nebenberedung, durch die das güterrechtliche Verhältniss der künftigen Ehegatten bestimmt werden sollte. Es ward derart die dictio zu einer *lex sponsalibus dicta.*

Gründe, die diese Erkenntniss rechtfertigen, mögen schon im Zusammenhange von dictio mit „dicere" sich finden, ein Ausdruck, der als Bezeichnung juristischer Handlungen regelmässig den Sinn von Clauseln, Nebenverabredungen hat [1]).

Dann der Umstand, dass die Dictio, wie bereits bemerkt, nur gewissen Personen zustand, die auch beim Verlöbniss die Hauptrolle spielten [2]); dass sie, wenigstens nach klassischem Recht, fast ausnahmslos nur vor Eingehung der Ehe stattfinden konnte.

Ihre unpersönliche Form lässt auf die Natur eines *pactum adjectum* schliessen [3]), das seine Klagbarkeit natürlich nur von der dasselbe beherrschenden Hauptobligation, der Sponsio, ableiten konnte. Wenn nun

[1]) Beisp.: legem dicere suae rei, legem dicere contractui.

[2]) Der debitor mulieris kann hier nur in soweit in Betracht kommen, als eben die Frau *durch ihn* leistet.

[3]) Glück (siehe weiter oben) will durch „agere. condictione" — was er mit der alten dictio in Beziehung bringt, deren hier bestimmte Natur als pactum adjectum ihm unbekannt zu sein scheint — beweisen, dass Pollizitatio, als an Stelle der Dictio (von ihm als Hauptvertrag allein sich vorgestellt) getreten, nun nothwendiger Weise nicht als pactum adject. gemäss der Brinz'schen Meinung verstanden werden könne. Man sieht, ein solcher Beweis hinkt, sobald nicht ausgeschlossen, dass die dictio selbst nicht als Nebenvertrag dienen konnte, was jedoch zu sein scheint.

Die Condictio ist hier, wie er übrigens selbst zugesteht, eine condictio ex lege d. h. ex hac lege 1 C. 5, 12 (gemäss l. 1 D. 13, 2 ist sie lex nova) und kann somit nicht geeignet sein, auf die spez. Natur von Pollizitatio schliessen zu lassen.

Vergl. noch Accursius L. XII ad. jur. dot. S. 1183, — condictione certi vel dic condictione ex hac lege.

Digitized by Google

auch in späterer Zeit die Klagbarkeit der Sponsio bei der Ehe aus ethischen Gründen wegfiel, so durfte natürlich diejenige des frühern Pactum adjectum, jener Nebenberedung, nicht mit untergehen, denn ihr Bedürfniss lag ja auch weiterhin konkret da, und demgemäss liegt keine andere Möglichkeit vor, als sich die Umwandlung des Nebenvertrages in einen selbstständigen Hauptvertrag zu denken, in unserm Falle in einen *formalen* [1]), da die Consensualverträge zu jener Zeit noch keine Giltigkeit hatten.

Mit diesem Resultate [2]), das uns die dictio als *Formalkontrakt* definirt, ist nun das Problem gelöst; denn jetzt ist die Nothwendigkeit der Acceptation des Versprechens aus der Natur der Sache selbst gegeben. Zum Ueberfluss liegen, allerdings nicht Quellenstellen, jedoch andere Beispiele vor, die die Annahme des Versprechens klar veranschaulichen.

In d. Andria V 4, 48: Terenz.

Chremes: Dos, Pamphile est, decem talenta.

Pamphilus: accipio [3]).

---

[1]) *Löhr,* Giess. Zeitschr. I. 227- Dageg. *Bechmann,* S. 98 seq.

[2]) *Czyhlarz*: Dafür spricht l. 4 Th. de dot. 3. 13 — qualiacunque verba sufficere — — etiamsi dictio — woraus folgt, dass bisher zur Dictio qualiacunque verba nicht genügten.

Ebenso *Glück,* XX S. 200 a. 89.

Accursius, ad. Tit. III, I. Bd. S. 2155: — datio, dictio, promissio *contractus sunt.*

Bernstein: Zur Lehre von d. dotis dictio, Anm. 1.

Vergl. ferner Plautus Aulularia II, 2, 61 seq. Trinummus V. 2, 33.

[3]) Vergl. Donatus L. V. S. 1033. Illi nisi dixisset, „accipio" dos non esset; datio enim ob acceptum confirmatur; nec potest videri datum id, quae non est acceptum.

Dagegen meint Vering: „Wenn gleich regelmässig eine höfliche Danksagung des Mannes folgte".

Digitized by Google

Der Einwand, dass diesen Stellen keine juridische Bedeutung zugemessen werden dürfe, weil ja vielleicht das Dasein oder nicht Dasein von „accipio“ von diesen Commödiendichtern ganz wohl bloss vom Bedürfnisse des Versmaasses abhängig gemacht sein könnte, möchte der gewonnenen Begriffsbestimmung von Dictio kaum mehr zum Schaden gereichen. Denn es ist nach unserer Ansicht auch gar nicht nöthig, die Annahme *ausdrücklich* zu erklären [1]), da mit Eingehung der Ehe die Acceptation gewiss deutlich genug manifestirt ist. Denn ja auch erst mit Abschluss dieser wird die Obligation entstehen.

— — — — — — — — — — — —

Nach dieser Abhandlung sei nun ein kurzer Rückblick gestattet, in welchem wir die Gesichtspunkte resümiren, auf Grund deren wir uns mit Ueberzeugung bestimmen lassen, die von uns behauptete Auffassung vom Dosversprechen schon bei den Römern zu erkennen:

Das Dosversprechen unterliegt bereits den Dotalgrundsätzen; dos promissa ist dos constituta.

Begründet gefunden haben wir diesen ausserordentlich begünstigenden Charakter des Versprechens bei der Dos durch Nachweis einer wirklich exceptionellen Stellung an Hand der promissio und der alten dictio, an deren letztere Stelle die Pollizitatio getreten. Trotz dem favor dotis konnten wir jedoch die letztere nicht

[1]) Die Acceptation darf also als stillschweigend inbegriffen werden; wenn sie es nicht soll, dann erst hat der Mann *ausdrücklich* die *Nichtannahme* zu erklären, wo dann die höfliche Danksagung noch immer am Platze sein mag.

Digitized by Google

als Pollizitatio im engern Sinne verstehen, weil dem ganzen innern Wesen derselben widersprechend und weil sich auch die alte dictio schon als Formalkontract erwies. So bleibt uns promissio, das Versprechen in Stipulationsform, pollizitatio ein nudum pactum.

§ 5.

Nachdem wir uns derart alle Wege geebnet zu haben glauben, und uns Gewissheit schufen, dass der Fall der dos promissa sich nicht mit der Einfachheit der blossen dos data behandeln lässt, so seien nun die in ihrem Sinne bestrittenen Worte, „si promissio vel pollizitatio intercesserit" unter die kritische Brille genommen.

Vor allem wird darauf aufmerksam gemacht, dass die Constitution (1 C. 5, 12) allgemein als alle Fälle der Eviktionshaft umfassend, verstanden wird. So kann denn auch die Bemerkung seitens Brinz in seinen Pandekten, (2. Aufl. III S. 737), dass gemäss der modernen Auslegung von pollizitatio und promissio gerade derjenige Fall fehlen würde, den man am meisten erwartete — nämlich das pactum de evict. praestanda — nicht grundlos genannt werden. In andern, speziellen Stellen wenigstens ist er sicher erwähnt. Wir meinen den Fall, wo zur dotis datio eine Stipulation hinzugefügt ist, woraus eine Verpflichtung zur Entwehrung folgt. Beleg die folgende lex [1]):

[1]) Es anerkennen die Existenz dieses Falles auch Bechmann S. 229, Czyhlarz S. 209, Dernburg Pand. III § 16, während viele jurist. Schriftsteller denselben nicht erwähnen; z. B. Arndts, Windscheid, Baron. Wohl aus dem weiter unten von uns angegebenen Grunde.

Digitized by Google

l, 52 D. 21, 2. Sciendum est nihil interesse ex qua causa duplae stipulatio fuerit interposita, utrum ex causa emptionis an ex alia ut committi possit — im Allgemeinen, im einzelnen aber *l. 52 D. 23, 3* [1]) — Non solum si aestimatus fundus sed etiam si non aestimatus in dotem datus est et alias cum necesse non habeat mulier duplum promittere, promisit, quia ipse fundus est in dote, quod cunque propter eum consecutus fuerit a muliere maritus, quandoque restituet mulieri de dote agenti. Marcian l. 3 Regul.

Da diese Stellen von Marcian und Ulpian herrühren, also noch nach der Zeit des Severus diese zur datio hinzugefügten Verträge der Evictionsleistung gebräuchlich sein mussten, so ist klar, dass sie in der Constitution nicht übergangen werden durften.

Gegen die Bemerkung von Brinz lässt sich aber dem Stillschweigen seiner Gegner über diesen Fall wohl ein äusserliches Motiv unterschieben. Wir haben gezeigt und bewiesen, dass und welche Bedeutung dem Dosversprechen beigelegt wird und sobald mal die herrschende Meinung auf ihrem Standpunkte beharrt, es sei im Falle der dos promissa wegen Eviction zu haften, dann können, in Voraussetzung der Richtigkeit ihrer Argumentation, diese Schriftsteller den Severus wegen seines ihm zugeschriebenen Stillschweigens wohl entschuldigen. Wozu diesen speziellen Fall noch besonders anführen? Wenn ein blosses Dosversprechen zur Evictionshaft verpflichtet,

[1]) Vergl. ferner l. 16 D. 23, 3. — Quaero et si duplum forte ad virum pervenerit. —

Digitized by Google

so muss doch noch vielmehr eine ausdrückliche Erklärung, verpflichtet sein zu wollen, diese Rechtswirkung hervorbringen und es darf sich Severus gewiss auf die natürliche Anwendung der allgemeinen Rechtsregel berufen: in majore minus!

Die auf Aeusserlichkeiten beruhende Einwendung von Brinz muss sich diese ebenfalls äusserliche Entgegnung entschieden gefallen lassen. — Zu verwerfen jedoch ist unbedingt ein Versuch *Vangerow's* [1]), durch welchen dieser aus *innern* Gründen die Unrichtigkeit der Brinz'schen Ansicht zu offenbaren glaubt. Er sagt nämlich, eine pollicitatio würde überhaupt nicht genügt haben, ein pactum de evictione praestanda zu begründen!

Wird eben der im obigen gewonnene Rechtssatz — nach welchem eine spezielle Stipulation zur datio dotis hinzugesetzt, die Evictionshaft begründet — auf die spätere Zeit des Theodos hinübergeleitet, so muss consequenter Weise dieser Vangerow'sche Satz als falsch dahinfallen. — Er dürfte nur dann auf Erfolg Anspruch machen, wenn Pollizitatio wirklich das einseitige, nicht acceptirte Versprechen wäre, als welches es in der That nur als Hauptvertrag, nicht als Nebenvertrag vorkommen könnte. — Deren Natur als nudum pactum ist jedoch definitiv erkannt und der Nachweis, dass es nach Entstehung der l. C. 5, 11 keiner speziellen Stipulation mehr benöthigt, sondern dass ein einfaches pactum de evict. praest. genügend sei, dürfte nicht auf allzu grosse Schwierigkeiten stossen.

[1]) Ebenso Löhr: Giess. Zeitschr. I S. 233.

Digitized by Google

Vor der Constitution des Theodos hatte allerdings ein blosses pactum diese Wirkung nicht, sie sei ihm denn speziell durch Gesetz beigelegt (pacta legitima) oder es erhalte sie durch den Contrakt, dem es beigegeben ist (pactum adjectum).

Für sich hat das pact. de evict. praest. keine Gesetzeskraft, und wenn es nun auch mit der datio dotis verbunden ist, so vermag ihm diese natürlich eine Kraft nicht zu geben, die sie selbst nicht hat [1]). Sobald aber mal qualiacunque verba genügten, um die Hauptobligation zu begründen, warum sollten sie denn auch nicht kräftig genug sein zu einer obligatio accessorischer Natur? Ziehen wir übrigens bloss die Parallele [2]): Früher bedurfte es zur Giltigkeit des Dosversprechens der promissio oder dictio, zur Giltigkeit des pact. de evict. praestanda einer Stipulation; heute tritt an erstere Stelle das undum pactum, folglich wenn die Fortentwicklung nicht auf halbem Wege stecken bleiben soll, muss es auch im zweiten Falle genügen.

Diese Schlussfolgerung wird zwar als unlogisch angefochten, indem man sich der Analogie der Schenkung bedient.

l. 35 § 5 C. 8, 54 sagt: Si quidem stipulatio in donatione inserta est ex eius auctoritate traditionem fieri compelli. Sin vero et *hoc praetermissum sit, nihilo*

[1]) l. 48 D. 2, 14. — In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est, scheint uns diesem nicht zu widersprechen, sondern das vorhergehende zu bestätigen, indem es als pact. adject. des der causa tradit. zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes aufgefasst werden muss.

[2]) Vergl. ausserdem Arndts: Ges. Schrift. I 483.

Digitized by Google

minus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc — — Es genügt demnach nach Justinian ein einfaches pactum, um volle juristische Wirkung herbeizuführen und trotzdem ist im Codex folgende Stelle von Severus stehen geblieben:

l. 2 C. de evict. 8, 45. Quoniam avus tuus, quum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditaria. *Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri certum est.*

Wir wiederholen hier einfach: Dos ist keine Schenkung. Und zudem ist diese Stelle eine äusserst bestrittene [1]).

Gewichtiger sind aber die innern Gründe, die Brinz zur Durchführung seiner Auffassung von „si promissio vel pollicitatio fuerit interposita" ins Feld führt: Es sei wenigstens insoweit unrichtig, dass die l. 1 Cod. cit. von einer dotis promissio vel pollizitatio spreche, als das entscheidende Wort dotis in der lex gar nicht vorkomme. — Mag man [2]) nun auch dagegen einwenden, dass die Verbindung mit dem vorhergehenden „in dotem datam" augenscheinlich sei, so kann wohl

[1]) Accursius zu dieser Stelle: Olim non agebatur, sed hodie sic condictione ex hac lege: si quis argentum l. 35 § 5 C. 8, 54.
Vergl. Paulus 5, sent tit. II Cuiac, der schreibt: *nullo autem pacto* statt *nudo autem pacto!* dann
Thibaut: Civ. Abhdlg. S 50 — es hätte Justinian, nachdem er im Codex das pactum donationis klagbar erklärt habe, consequenter Weise auch das einem solchen pactum hinzugefügte Evict.-Versprechen als vollgiltig gelten lassen sollen; der Stelle sei einfach ihre Bedeutung abzusprechen.
Ebenso *Donellus* op. IX 1455.

[2]) S. Glück XXV 87.

Digitized by Google

die einte Klippe umschifft werden, aber nur um desto deutlicher ein zweites Hinderniss, den eigentlichen Kernpunkt der Frage, aufzudecken:

Wenn jedoch das vorangehende „in dotem data" dotis datio, nicht numeratio bedeutet?

Es gibt allerdings Stellen, in denen das „dare in dotem" mehrfach nicht im technischen Sinne, als einfache Hingabe der Sache, vorkommt, sondern in der Bezeichnung als Ausführung einer vorhergehenden Obligation [1]).

Es scheint uns aber ungerechtfertigt in diesem „in dotem data" ebenfalls einen Ausnahmefall zu vermuthen. Die Verbindung mit dem folgenden § 1 — sin autem nulla pollizitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex empto competit actio — ist eine so enge, dass man kaum bezweifeln kann, die Dosbestellungsart sei in beiden Fällen die gleiche, nämlich datio dotis [2]). Besonders aber der § 2, wo die Gleichheit durch das

[1]) Für diese Auslegung dürften besonders die 2 folgenden Stellen massgebend sein: *l. 14 D. 23, 3.* Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde, eam moram faciente in traditione, in rerum natura esse desierit: actionem eam habere non puto, wo der Umstand, dass von mora gesprochen wird, auf ein vorangegangenes Versprechen schliessen lässt.

Dann *l. 16 D. h. t.* Quotiens res aestimata in dotem datur, — quare et si duplum forte ad virum pervenerit, — was doch auf eine Stipulation hindeutet.

[2]) Erstens schien uns sonst die Wiederholung von promissio und pollizitatio überflüssig. Sie sollen jedenfalls gerade zeigen, dass das *res* im princip. und das im § 1 *wesentlich die nämlichen* sind (d. h. res data.)

Zweitens spricht dafür das *eius*, das sich auf die res im princip, zurückzubeziehen scheint, so dass, wenn es auch bloss hiesse: si quidem aestimata fuerit (also ohne das Wort res) der Sinn dennoch deutlich wäre.

Digitized by Google

Wort *eadem* noch speziell ausgedrückt wird, dürfte unsere Auffassung bestätigen, denn dass in den 2 Paragraphen von dotis datio die Rede, wird ja von Niemandem negirt.

Zudem ist ein eben so grosses Gewicht auf interponere und intercedere zu legen[1]), — die natürlich gleichbedeutend sind — indem beide unbedingt in weitaus den meisten Fällen auf Nebenverträge, nicht auf Hauptverträge angewendet zu werden pflegen[2]).

§ 6.

Trotz der gewonnenen Erkenntniss, dass eine Dos, deren Gegenstände dem Besteller nicht gehören, ungestraft nicht versprochen werden kann, will es uns doch nicht gelingen, diese Haftpflicht unter die Constitution 1 C. 5, 12, zu subsumiren. Liegt vielleicht die Grundidee, die die Römer leitete, in irgend einem Billigkeitsgefühl? Schien wohl die strenge Haftung wegen Eviction, *die ja das gesammte Interesse umfasst*, zu schroff für das Dosversprechen?

[1]) Vergl. *Brinz*, Pand. § 483.
Thibaut, Civ. Abhdlg. S. 56 seq.
Unterholzner, Schuldverhältnisse II, S. 205 seq.

[2]) *Arndts* behauptet zwar, dass sie auch zum Abschluss von Hauptverträgen dienen, bestätigt es jedoch leider nicht durch Anführung von Quellenstellen Ges. Schrift I 490 seq.
Ebenso Fadda: Archiv giurid. XXXI 371, der sich auf folgd. Stelle stützt:
l. 13 C. 5, 12. Si a matre vestra superstite aliquid ad vos pertinens, sicuti vitrico vestro datum est: intellegitis, nullam firmitatem juris dationem habere, si neque pollizitatio, neque stipulatio intercessit.
Der Beweis auf diese Stelle hat etwas erzwungenes und ohne eine petitio principii ist er jedenfalls unmöglich.
Vergl. dagegen *Brinz* S. 1262.

Digitized by Google

Hierin glauben wir den Schlüssel gefunden! Wir können unbedingt nicht das einfache Dosversprechen denjenigen Fällen an die Seite stellen, von denen die Constitution allein auch zu sprechen scheint, Fälle, wo einmal die Egalität mit dem Kauf, oder aber dolus oder schliesslich der freie Wille eine Verpflichtung zur Interesseleistung natürlich erscheinen lässen. Mit dieser Haftpflicht wollten die Juristen das Versprechen nicht belasten, trotz dem favor dotis. Einen Fingerzeig mögen sie uns schon darin geben, dass auch bei der dos necessaria mildere Bestimmungen gelten, wo wir die Evictionshaft ausgeschlossen fanden und statt deren strengen Konsequenzen die mildere Redotationspflicht mit ihren proportionalen Abzügen trafen.

So schliessen wir uns denn in der Beurtheilung der ganzen Frage, die dem Thema zu Grunde liegt, der Bechmann'schen Ansicht an, d. h.:

Evictionsansprüche stehen dem Manne unbedingt zu bei der *dos aestimata.*

Bei der einfachen dotis datio bedarf es zur Begründung, abgesehen vom *Falle der dolus*, einer besondern Verabredung [1]) (si polliz. vel promiss. fuerit interposita).

Beim Dotalversprechen [2]) endlich kann von einem

[1]) Vergl. l. 12 D. h. t.

[2]) Ebenso charakteristisch Czyhlarz S. 210: „Hier ist der Besteller der Dos, kraft der Promissio zur Eigenthumsübertragung verpflichtet und kann daher im Falle der Eviction (in uneigentl. Sinne zu verstehen) noch immer auf Grund des Versprechens in Anspruch genommen werden. Die Klage ist daher in diesem Falle die gewöhnliche Klage *aus der promissio, auf Erfüllung derselben.*
Brinz, Pand. § 280 vgl. § 482. A. 3 und 2. Auflg.

Digitized by Google

eigentlichen Evictionsanspruch gar nicht die Rede sein! Wird das geleistete Objekt von dritter Seite mit Erfolg abgestritten, so ist das Versprechen selbst nicht erfüllt; *es tritt also auch gar keine Veränderung in Bezug auf das Dotalobjekt ein.* (Besondere Ansprüche auf Schadloshaltung — das event. Interesse — können bloss durch dolus oder ausdrückliche Verabredung begründet sein.)

§ 7.

Während die Brinz'sche Meinung eine ganze Reihe eifriger Verfechter aufweist, steht die Ansicht Windscheids bis heute noch fast ganz verlassen da; aber trotz den heftigsten Widerlegungen, die ihm von Seite ihrer Gegner entgegengehalten wurden, bekennt sich doch der grosse Gelehrte auch in seiner neuesten Pandektenausgabe noch immer unumwunden zu seiner verfochtenen Lehre.

Wie schon bemerkt, stimmt er im Grunde der herrschenden Ansicht bei, lässt sie jedoch nur so lange gelten, als die l. 1 C. 5, 12, wirklich vom Standpunkte des zu ihrer Zeit herrschenden Rechtes nicht anders entscheiden konnte. Anders aber müsse geurtheilt werden, sobald keine Stipulation mehr nöthig sei, die Verpflichtung einer Dos zu erzeugen. Seit dieser Zeit begründe die Uebergabe einer Sache zur Dos ebenso gut eine Obligation, wie das Dosversprechen selber. „Oder will man keine Verpflichtung entstehen lassen aus der Erklärung: Ich gebe als Dos dieses Grundstück? Und wenn man es will, warum

Digitized by Google

sollte es anders sein, wenn mit dieser Erklärung Tradition verbunden oder besser gesagt, wenn diese Erklärung *in* der Tradition abgegeben wird?"

Zwar bemerkt dagegen Arndts [1]) mit Recht, dass doch immerhin noch ein Unterschied sei zwischen *einem Versprechen,* sich verpflichten zu wollen und der *blossen Erklärung,* zur Dos geben zu wollen. — Gewiss aber der Unterschied ist nach unserer Ansicht in diesem Falle ein ungemein geringer. Bedenkt man, dass nach ihrer Auffassung die Dosbestellung zu Gunsten des Ehemannes, im Vergleich zur Schenkung, mit diesen strengen Konsequenzen — auf blosse Versprechen hin selbst für Eviction haftbar zu machen — ausgestattet wurde, dann wäre gewiss der Schritt, das einfache Hingeben der Dos den gleichen Grundsätzen zu unterwerfen, nur noch ganz klein gewesen und liesse sich naturgemäss auch erwarten. Das Versprechen hat ja hier nicht seine besondere Kraft auf Grund seiner Eigenschaft als Versprechen, sondern auf Grund seines Zusammenseins mit der Dos [2]). Die Dos ist eben das Hauptmoment. Ob versprochen oder direkt hingegeben, ist doch mehr von nebensächlicher Bedeutung. — Und ist übrigens nicht sehr nahe gelegen, dass die Unterscheidungsmerkmale zwischen Versprechen und einfacher datio manchmal verwischen, besser gesagt gar nicht zu erkennen sind? Ein eigentliches Hingeben der Dos, dem wirklich keine Spur

[1]) Arndts: Gesamm. Schr. I 483, 487.

[2]) So verstehen wir auch Brinz in seinen Pandekten, wenn er sagt: Uns scheint immer noch mehr im Auge behalten werden zu müssen, dass dotis promissio eine dotis constitutio, als dass sie promissio sei.

Digitized by Google

eines Versprechens anhaftet, möchte man bloss noch da für möglich halten, wo die Dos nach oder unmittelbar mit der Eingehung der Ehe, plötzlich, unvermuthet gegeben wird. Denn sobald die Dos dem Manne schon in Aussicht gestellt ist, was ja in 99 von 100 der Fall sein wird, wenn auch nur unter dem vagen Begriff von „angemessen", dann ist in dieser Aussicht schon ein Versprechen innegelegen. — So können wir uns die reine datio dotis nur in den äussersten Fällen vorkommend denken und erklären uns so den verzeihlichen Uebergang derselben als Grund der Eviktionshaft. —

Windscheid vermag also auch nicht aus den Quellen seine uns logisch scheinende Ansicht genügend zu rechtfertigen, aus Gründen, die sich in folgendem zeigen werden. Aber auch der von den Gegnern geführte Gegenbeweis dürfte nicht ein durchschlagender sein. Neben der bereits oben angeführten, in ihrem Werthe fraglich befundenen Einwendung fährt Arndts fort, es haben ja bereits zur Zeit des Theodos qualiacunque verba genügt und besonders nach Justinian habe eine Verpflichtung durch jeden formlosen Vertrag eingegangen werden können. Wie würden sich nun aber die Compilatoren widersprechen, dadurch, dass sie die l. 6 C. 5, 11 in ihren Codex aufgenommen und unmittelbar darauf die l. 1 C. 5, 12, und wie liesse sich die l. 69 § 7 D. 23, 3 mit diesen wieder vereinigen?

Es ist ersichtlich, — das Misstrauensvotum, das man in der That den Compilatoren ausstellen müsste,

Digitized by Google

ist der Hauptgrund, um der Windscheid'schen Ansicht entgegentreten zu können. Theorethisch wird von keiner Seite bedeutendes eingewendet, jedoch die Fassung der Quellen lässt sich nicht biegen; sie verweigern ihre Hilfe.

Trotz alledem hat sich ein neuerer Schriftsteller als Kämpfer der Windscheid'schen Idee wieder aufgeworfen und bedient sich dabei Waffen, die schon von ältern Juristen ergriffen, sich jedoch unzulänglich erwiesen und an der ehernen Fassung des corpus juris abprallten.

Cogliolo [1]) nimmt zu der die actio rei uxoriae umändernden Constitution Justinians seine Zuflucht. Er schreibt: „Die l. 1 p. C. V 13 beginnt mit der Abschaffung der a. r. ux. und der Bewilligung der actio ex stipulatu zur Restitution einer jeden Dos, indem sie fingirt, in jeder Dos sei eine Stipulation gelegen:

Rei uxoriae itaque actione sublata, sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi — ut intellegetur, re ipsa stipulatio esse subsecuta. Wenn Severus in seiner Constitution feststellte, dass in einer dos promissa die act. ex stipulatu, und wenn Justinian präsumirte, dass in jeder, auch in der dos data (?) eine Stipulation liege, somit eine a. ex. stipul., so ist klar, dass seit Justinian in jeder Dos, auch in der dos data, die Garantie für die Eviction innewohnt.

Von der Richtig- oder Unrichtigkeit des Vordersatzes vorläufig noch abgesehen, jedoch erstere supponirt, muss vorerst erklärt werden, wie Cogliolo zu diesem

[1]) Archiv. giurid. XXIX.

Digitized by Google

merkwürdigen, jedoch von seinem Standpunkte aus, logischen Schlusse, gelangt.

Er liest nämlich sonderbarer Weise aus der l. 1 C. 5, 12 noch einen 3. Gedanken heraus, vermittelst einer Fiktion, als welche es zwar im römischen Recht noch *„piu ridicole“* gebe, gemäss Cogliolo's eigenem zuversichtlichem! Zugeständnisse. Sobald nämlich bei der Hingabe der Dos irgend eine Stipulation gemacht werde, z. B. beziehentlich der Restitution oder Numeration, dann habe der Mann eine Stipulation und diese Klage diene ihm auch dazu, sich für die erlittene Eviktion zu sichern. Beleg:

l. 22 D. 21. 2. Si pro evictione fundi quem emit mulier, satis accepisset, et eundem in dotem dedisset, deinde aliquis eum a marito per judicium abstulisset, potest mulier statim agere adversus fideiussores emptionis nomine.

l. 23 D. cod. Sed et si post mortem mulieris evincatur, regressus erit ad duplae stipulationem; quia ex promissione maritus adversus heredes mulieris agere potest: et ipsi ex stipulatu agere possunt.

Die Frau habe also einen fundus gekauft und dieser sei, nach dem Tode derselben, evinzirt worden; jetzt könne der Mann ex promissione gegen die Erben der Frau, jene ex stipulatu gegen den Verkäufer klagen. — Es sei nun hier ohne Zweifel von einer dos adventicia die Rede, wonach der Mann, nach dem Tode der Frau, Eigenthümer werde, daher die actio ex empto haben müsste. Jetzt aber klage der Mann gegen die Erben, diese gegen den Verkäufer; d. h,

Digitized by Google

als die Frau die Dos gab, stipulirte sie, dass diese dem Gatten immer bleiben solle und desswegen klage der Mann ex promissione. Es liege demnach hier ein Fall vor, wo sich der Mann wegen der Eviction einer Klage bediene, die aus irgend einer Stipulation, der dotis datio hinzugefügt, sich ableite [1]).

Es scheint uns hier unnöthig, über den sehr zweifelhaften Werth dieser singulären Auslegung ferner zu diskutiren; denn es wird auf jeden Fall für unser Thema indifferent, sobald das trügerische obigen Vordersatzes erwiesen ist. Wäre er wahr, dann müsste das Verhältniss dieser Constitution (1 § 1 C. 5, 13) zu den vorhergehenden Gesetzen als ein abolirendes betrachtet werden, was von Justinian als nicht gewollt definitiv in der Stelle selbst erklärt ist:

i. f. Et generaliter, quidquid sacratissimis constitutionibus vel libris prudentium cautum est, quod *non contrarium hui legi inveniatur* et hoc in sua maneat firmitate.

Dass gemäss l. 1 C. 5, 12 die datio dotis als solche zu keiner Evictionshaft verbindlich macht, bleibt erhärtet. Der Schluss ergibt sich von selbst.

---

[1]) In überzeugender Weise argumentirt dagegen *Fadda*, *Arch. giurid.* XXXI S, 372 sequ.

a) Es widerspreche total dem Satze: Sicut ipse stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. Gai. IV 53.

b) Von einer Dos adventicia sei kaum die Rede, denn da bedürfe es keiner Stipulation, um die Dos zu lucriren; es handle sich einfach um eine stipulatio de evictione praestanda.

Ebenso *Czyhlarz* Seite 433 seq.

Pothier: Pand. Just. (lib. XXI tit. 2, No. 40). Siehe auch Brinz, Pand. zweite Auflg. § 482 a. 40.

Digitized by Google

Doch lassen wir Cogliolo weiter argumentiren:

„Es liegt im Charakter des römischen Rechtes, nicht mit ausdrücklichen Dispositionen (espresse disposizioni) vorzugehen, sondern mit actiones utiles oder mit exceptiones utilitatis causa oder mit fictiones. — So erklärt sich, wie Justinian, ohne in Widerspruch zu fallen, die Constitutio des Severus im Codex konnte aufrecht erhalten! Severus garantirte, si promissio (idest stipulatio) interposita sit, und durch Justinian ist in der dos data die Stipulatio ex lege interponirt.“ Ferner:

Ausdrücklicher noch sei die Evictionshaft in der dotis datio garantirt durch folgende Worte:

In huius modi actione damus *ex utroque* latere *hypothekam*, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis — — woraus Cogilolo folgendermassen schliesst:

Justinian sage, dass die actio ex stipulatu sowohl der Frau zustehe, um die Dos zurückzuerhalten, *als dem Manne, um sich wegen der evinzirten Dotalsache zu sichern,* und zwar sei in jeder dos ope legis eine stipulatio, daher eine actio ex stipulatu; zum Ueberfluss sei noch zwischen den Gatten eine gegenseitige Hypothek festgestellt, ja, jeder Zweifel werde abgeschnitten durch die Ausdrucksweise *„sive dederint vel promiserint.“*

„Ist nun nicht datio und promissio das nämliche [1])?“

[1]) Vergl. dageg. *Löhr, Giess Zeitschr.* I. S. 239. Er sagt, die Stipulation werde nur zu Gunsten der Frau angenommen: der extraneus soll in keiner Weise begünstigt werden: neque

Digitized by Google

Wir bemerkten bereits, dass wir diesen Schluss wünschten und ihn theorethisch gerechtfertigt halten; leider ist uns die Erkenntniss nicht möglich, dass er aus der Fassung des Corpus juris gezogen werden kann. — Justinian will es unmöglich. Seine Constitution (C. 5, 13) datirt vom 1. Nov. 530 und ist im Codex aufgenommen. Befände sie sich in den Novellen, läge ihre Entstehung in den letzten Tagen des Verfassers, dann würde sich noch begreifen lassen, warum die vorherigen Bestimmungen über die Dos in der Gesetzessammlung nicht ausgelöscht worden wären, sondern dass man sich der Schonung wegen jenes von Cogliolo behaupteten, dem röm. Rechte eigenthümlichen Ausweges von Fiktionen u. s. w. bediente. — Jetzt aber hätten sie unbedingt verschwinden müssen, denn man darf doch Justinian nicht zumuthen, dass er diese Widersprüche offen hätte bestehen lassen.

Das ein äusserer Grund, Cogliolos Auffassung zu verwerfen. Aber es fehlt auch nicht an innern Anhaltspunkten, die von ihm Justinian zugeschobenen Absichten verneinen zu können [1]).

So aus dem Zusammenhange herausgerissen, vermöchten die von Cogliolo angeführten Stellen allerdings seine Meinung zu rechtfertigen. Interpretiren wir jedoch, die Verbindung befolgend!

---

enim in hac spezie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse.

Darauf aber auch auf das Nichtdasein der Stipul. hinsichtl. des Mannes zu schliessen, scheint uns gewagt.

[1]) Vergl. hier *Czyhlarz*: In der ganzen Constitution ist nur vom Klagerecht der Frau die Rede, auf sie allein bezieht sich obige Fiktion. Aehnlich *Bechmann*, S. 190 seq. 365 seq; ferner *Hasse*, Ehel. Güterrecht S. 121 seq. Ebenso die *Glosse*.

Digitized by Google

Schon die Ueberschrift: De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfersa et de natura dotibus praestita — deutet von einer Umänderung der dotis Constitution gar nichts an; wäre sie gewollt worden, dann hätte sie ihren Platz besser in den vorhergehenden Titeln gefunden.

Nur die Umänderung der rei uxoriae actio in eine actio ex stipul. ist betont.

Noch deutlicher ist der Zweck der Constitution im principium ausgedrückt — earum communiones et differentias resecantes et in nuum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriae jus quod dignum esse valere censemus concludentes; dass unter diesen communiones et differentias nur die der actio rei uxor. und der act. ex stip. zu verstehen sind, ist klar angegeben und es muss die actio ex stipul. als die der Frau zustehende und *nur* als diese aufgefasst werden. Zwischen ihr und der act. rei uxor. können einzig diese „communiones" bestehen, nämlich in der Egalität des Zweckes [1]). Steht doch die letztere mit der a. e. st. des Mannes im reinsten Gegensatz, sowohl betr. juristischer Natur, als Zweck, als auch Zuständigkeit hinsichtlich des Subjectes.

Die Berufung auf den § 1, worin Cogliolo zu sehen

[1]) Dafür spricht auch § 2. — Sed et si non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accomodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei negotium, natürlich, tantum in exactione dotis — also wegen der act. rei uxor. wird d. a. e. st. bonae fidei. — Gewiss kein Grund, desswegen d. a. e. st. des Mannes nun auch zu e. bon. fid. act. werden lassen zu müssen, was zu geschehen hätte, wenn sie in der neuen a. ex. stip. enthalten sein wollte.

Digitized by Google

glaubt, dass die actio ex stipulatu auch auf den Mann Beziehung habe, wird somit hinfällig, denn auch hier ist noch keineswegs ausdrücklich diese Bedeutung hineingelegt trotz dem „exigere"; es wird einfach erwähnt, dass in jeder Dos die actio ex stipul. als bestehend fingirt werde [1]). Gemäss dem Zusammenhange mit dem obigen ist aber durchaus noch nicht entschieden, dass diese Fiktion zu Gunsten des Mannes sich auch auf ipsa dote praestanda erstrecke. — Günstiger für Cogliolo ist folgende Stelle:

Et ut plenius dotibus subveniatur — ita et in huiusmodi actioni damus hypothecam —

„Allein", fügt Glück hinzu, „diese soll nun zwar auch dem Ehemann zu statten kommen wegen der entwehrten Dos, aber da dieser Entwehrung nur beiläufig gedacht wird, so ist, weil im Zweifel Abänderungen eines im Codex aufgenommenen Gesetzes nicht vermuthet wird, natürlich ein solcher Fall vorauszusetzen, wo *nach bestimmten Gesetzen* eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung eintritt" [2]).

Wir dürfen uns dieser Ansicht mit um so grösserer Ueberzeugung anschliessen, als sie zugleich dem in

[1]) Das exigere kann allerdins sowohl auf die Ausführung des Dosversprechens hindeuten, als auch auf die Restitution; es *muss* sich aber nicht nothwendig auf beides erstrecken. *Fadda arch. giurid.*: — dotem exigere sei in dieser Constitution *immer* nur im Sinne von Restitution der Dos soluto matrimonio zu verstehen. z. B. § 7. Cum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti illico et in solidum fieri jubebat — —

Exactio autem dotis celebretur — — —

[2]) Unter der gleichen Modalität scheint der Windscheid'sche Satz (§ 482 a. 7) verstanden zu sein: Umgekehrt hat der Ehemann ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desjenigen, der ihm eine Dos *versprochen* hat.

Digitized by Google

der Einleitung schon von uns verfochtenen Gedanken Genüge leistet, dem Gedanken nämlich, dass die Rechte des Mannes in Beziehung auf die Dos sich logischer Weise nicht mindern dürfen, sondern mit den gesteigerten und immer mehr sich ausbildenden Anforderungen sozialer Verhältnisse, denen ja das Dosinstitut seine Entstehung verdankt, fortschreiten müssen, Und in dieser Gewährung einer Hypothek erkennen wir wieder einen Zug dieser weitern Ausbildung [1]). Aber bis zu der von Cogliolo behaupteten Stufe ist Justinian allerdings noch nicht fortgeschritten, und wir dürfen desshalb auch das „ex utraque latere" nicht auf die Stipulation mit zurückbeziehen. — Es müsste sonst das erste der betr. lex dem später nachfolgenden widersprechen, wo noch aus verschiedenen Stellen zu lesen ist, dass Justinian allein bloss die Restitution der Dos umändern wollte. Die zu diesem Zwecke erwähnte Hypothek ist lang und breit erläutert, von einer speziell ausgedrückten Absicht einer umzuändernden Constitutio dotis ist im ganzen Gesetz keine Spur. Ein solch wichtiges Faktum, welches das in 2 vorhergehenden Titeln behandelte einfach um-

[1]) Man kann nicht einwenden, dass durch diese Constitution ja im Gegentheil, durch Begünstigung der Frau, der Mann bedeutende Minderung in seinem Rechte erfahren habe. Nein prinzipiell zurückgeben muss er die Dos ja schon, vorbehältlich kleiner Begünstigungen, (der Verlust jener Begünstigungen findet indirekt wieder ein Aequivalent im modifizirten Erbrecht) nur hat die Frau nun bequemere Mittel, das Rückforderungsrecht geltend zu machen. Das Dotalrecht erhält einfach eine feinere Normirung, Ausbildung, ursprünglich bloss zu Gunsten der Frau berechnet, doch dann aber auch dem Manne zu Gute kommend.

Vergl. § 1 d. Factam stipulationem et hypothecam ex utraque latere.

Digitized by Google

stiesse, würde von ihm sicher einer genauen Bestimmung würdig befunden worden sein. So aber hätte er es einer schwierigen Interpretation überlassen und wir dürften seine pompöse Ausdrucksweise — ignorantibus et nescientibus in hoc casu induximus nostram providentiam — als höchst ungerechtfertigt zeihen.

— — — — — — — — — — —

[illegible]

Inhalt.

I. Einleitung. Die verschiedenen Ansichten . . . S. 1—6
II. Kurze Charakteristik der Dos . . . . . S. 7—13
III. Evictionshaft bei der dos vendit. causa aestimata und dolo dantis interposito . . . . . S. 14—18
IV. Evictionshaft, si pollizitatio vel promissio fuerit interposita . . . . . S. 19—60
§ 1. Allgemeine Gesichtspunkte . . . . . S. 19—23
§ 2. Innere Begründung an Hand der Promissio überhaupt . . . . . S. 23—28
§ 3. Insbesondere von der Pollizitatio . . . S. 28—30
§ 4. Von der dotis dictio . . . . . S. 30—41
§ 5. Kritik der herrschenden und der Brinz'schen Ansicht . . . . . S. 41—47
§ 6. Resultat . . . . . S. 47—49
§ 7. Die Windscheid'sche Ansicht und deren Kritik . . . . . S. 49—60
Schluss.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google